

## **POSTANOWIENIE**

Dnia 17 listopada 2020 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXII Wydział Własności Intelktualnej w składzie:

Przewodniczący: **sędzia (del.) Agnieszka Gołaszewska**

po rozpoznaniu w dniu 17 listopada 2020 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa **P. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przeciwko **T. S.A. z siedzibą w Warszawie**

o zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli

**postanawia:**

odmówić odrzucenia pozwu.

**Sygn. akt XXII GW 149/20**

### **Uzasadnienie postanowienia z 17 listopada 2020 roku**

P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (powód) pozwem wniesionym do Sądu w dniu 8 października 2020 r. (*prezentata k. 5*) wniosła o zobowiązanie T. Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie (pozwany) do złożenia oświadczenia woli następującej treści:

„Działając na podstawie art. 43a ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 361 ze zm.) T. S.A. z siedzibą w Warszawie wyraża zgodę operatorowi P. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do rozprowadzania programu T. w ramach świadczonych przez P. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług telewizyjnych, w tym:

- a. usługi „P.” świadczonej z wykorzystywaniem dekodera T. oraz za pośrednictwem aplikacji mobilnych, aplikacji na urządzenia z systemem A., aplikacji S. oraz serwisu internetowego (...);
- b. usługi „P.” świadczonej za pośrednictwem aplikacji mobilnych, aplikacji na urządzenia z systemem A., aplikacji S. oraz serwisu internetowego (...)” (*pozew, k. 5-26*).

Pozwany w odpowiedzi na pozew w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c., z uwagi na niedopuszczalność drogi sądowej, a w dalszej kolejności – o oddalenie pozwu (*odpowiedź na pozew, k. 325-357*).

Postanowieniem z 17 listopada 2020 r. Sąd odmówił odrzucenia pozwu.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

P. Sp. z o.o. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, wpisanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych za nr (...)

(dowód: wydruk z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych k. 52-52v). P. Sp. z o.o. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oferuje m.in. usługi „P.” oraz „P.”, które polegają na umożliwianiu odbioru programów telewizyjnych (dowód: regulamin świadczenia usługi telekomunikacyjnej P. k. 70-75v).

T. SA jest nadawcą programów telewizyjnych, do których należy program T. (dowód: informacja z KRS pozwanego k. 77-108v., wydruk ze strony pozwanego k. 110-112).

Pismem z 18 maja 2018 roku P. Sp. z o.o. zwróciła się do T. SA o wyrażenie przez T. SA zgody na rozprowadzanie programu T. SA w ramach usługi P. Jako podstawę prawną P. Sp. z o.o. wskazała art. 43 i 43a ustawy o radiofonii i telewizji (dowód: pismo z 18.5.2018 r k. 121-121v.). Pismem z 30 maja 2018 roku T. SA odmówiła P. SP. z o.o. zgody na rozprowadzanie programu T. w ramach usługi P. – zapraszając P. Sp. z o.o. do kontaktu w celu ustalenia warunków udostępniania treści T. SA w ramach usług P. Sp. z o.o. (dowód: pismo z 30.5.2018 r., k. 123).

Pismem z dnia 2 lipca 2018 r. P. Sp. z o.o. ponownie wystąpiła do T. SA o zgodę na rozprowadzanie programu T. w ramach usługi P., ponownie powołując się na art. 43 i 43a ustawy o radiofonii i telewizji (dowód: pismo P. Sp. z o.o. z 2.7.2018 r. k. 125-125v). Pismem z 23 lipca 2018 r. T. SA odmówiła udzielenia zgody (dowód: pismo T. SA z 23.7.2018 r. k. 127). Pismem z 4.3.2019 r. P. Sp. z o.o. ponowiła wniosek o zgodę na rozprowadzanie programu T. w ramach usługi P. (dowód: pismo z dnia 4.3.2019 r., k. 129-129). Pismami z dnia 4.4.2019 r. oraz 3.7.2019 r. T. SA ponownie odmówiła zgody, wskazując jednocześnie na możliwość udostępnienia P. Sp. z o.o. treści zawartych w programie T. na zasadach komercyjnych (dowód: pisma k. 131 i 135).

Pismem z 16.3.2020 r. T. SA odmówiła P. Sp. z o.o. zgody na rozprowadzanie programu T. Wskazała na możliwość współpracy stron na warunkach komercyjnych, a także wskazała, że udzielenie zgody nie jest możliwe – z uwagi na to, że T. SA nie pozostaje podmiotem praw autorskich oraz praw pokrewnych do wszystkich elementów programu na polu eksploatacji obejmującym rozpowszechnianie programu w sieci telekomunikacyjnej (dowód: pismo z 16.3.2020 r. k. 143).

Pismem z dnia 7.11.2019 r. P. Sp. z o.o. wystąpiła do Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z wnioskiem o wezwanie T. SA do udostępnienia P. Sp. z o.o. programu T. (dowód: wniosek z załącznikami k. 145-172). W dniu 30.5.2020 r. Przewodniczący KRRiTV wezwał T. SA do nieodpłatnego udostępnienia programu T. operatorowi P. Sp. z o.o. w Warszawie (dowód: wezwanie Przewodniczącego KRRiTV k. 174-175). Od powyższego wezwania T. SA wywiodła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (dowód: skarga z załącznikami k. 422-460.).

W związku z uruchomieniem usługi P. za pośrednictwem aplikacji dla urządzeń mobilnych – P. Sp. o.o. ponownie wystąpiła do Przewodniczącego KRRiTV z wnioskiem o wezwanie T. SA do udostępnienia P. Sp. z o.o. w ramach usług telewizji świadczonych za pośrednictwem aplikacji dla urządzeń mobilnych (dowód: wezwanie z 10.6.2020 r. k. 187-217v.). Przewodniczący KRRiTV w dniu 26 października 2020 r. wezwał T. SA do nieodpłatnego udostępnienia P. Sp. z o.o. programu T. – w celu rozprowadzania tego programu w ramach usług „P.” i „P.” świadczonych za aplikacji mobilnych, aplikacji na urządzenia z systemem A., S. oraz serwisu internetowego (dowód: wezwanie k. 567-572).

W maju 2020 r. został sporządzony raport, z którego wynika, że program T. znajduje się, wraz z programami (...),(...),(...) oraz (...) na pierwszym miejscu wśród kanałów, których brak byłby odczuwalny dla odbiorców naziemnej telewizji cyfrowej (dowód: raport k. 243-292, w szczególności 262 v.). Z przeprowadzonego przez P. Sp. z o.o. w czerwcu 2020 roku badania wynika, że ok. (...) % klientów P. Sp. z o.o. korzystających z usługi telewizji

internetowej P. wskazuje na brak dostępności kanałów telewizji naziemnej, w tym programu T. (*dowód: oświadczenie k. 241*).

T. SA nie wyraził zgody na rozprowadzanie programu T. SA żadnemu podmiotowi, który świadczy usługę telewizji internetowej (*okoliczność niesporna, powołana w odpowiedzi na pozew k. 326*). Odmowa zgody na rozprowadzanie programu T. dotyczyła m.in. C. SA, C. SA, O. SA, E. Sp. z o.o. Jako podstawę odmowy zgody T. SA wskazywała na brak po jej stronie uprawnień do udzielenia licencji do korzystania z praw autorskich i pokrewnych w zakresie, który jest niezbędny do rozpowszechniania całości programu T. (*dowód: pisma T. SA k. 379-398*).

Obecnie, w zakresie telewizji internetowej, program T. obecny jest jedynie w serwisie (...)– oferowanym przez T. SA. Serwis rozpoczął działalność w lipcu 2019 roku (*okoliczność niesporna, powołana w odpowiedzi na pozew k. 330*).

Przewodniczący KRRiTV nie prowadzi wobec P. Sp. z o.o. postępowania w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej w związku z nierozpowszechnianiem przez P. Sp. z o.o. programu T. (*okoliczność niesporna*). Przewodniczący KRRiTV wszczął wobec T. SA postępowanie administracyjne w przedmiocie nałożenia kary na podstawie art. 53 ust. 1 w zw. z art. 43a ust. 2 ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący niedopuszczalności drogi sądowej.

#### Domniemanie drogi sądowej

W pierwszej kolejności wskazać należy, że prawo do sądu zostało zagwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Na wymiar konstytucyjnego prawa do sądu składają się i dalsze przepisy Konstytucji RP m.in. art. 177 ustanawiający domniemanie właściwości sądów powszechnych we wszystkich sprawach z wyjątkiem ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wskazał, że z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wynika jednoznacznie wola prawodawcy, aby prawem do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw. W ocenie Trybunału, z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika dyrektywa interpretacyjna zakazująca zawężającej wykładni prawa do sądu. Ustawa zasadnicza wprowadza domniemanie drogi sądowej (wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, Lex nr 33151 i powołane tam orzecznictwo). Wskazana argumentacja znajduje poparcie w doktrynie, gdzie wskazuje się, iż „instytucja odrzucenia pozwu zamyka powodowi możliwość przedstawienia sądowi powszechnemu swojego roszczenia w celu uzyskania ochrony sądowej. Ponieważ musi ona uwzględniać zagwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawo obywatela do sądu, jej stosowanie wymaga dokonania wykładni zawężającej. To z kolei przy ocenie dopuszczalności drogi sądowej wymaga kierowania się domniemaniem jej dopuszczalności” (M. Manowska, komentarz do art. 199 k.p.c., Lex nr 10265). Przedstawione rozważania prowadzą zatem w pełni do wniosku, że przesłanki niedopuszczalności drogi sądowej należy interpretować maksymalnie ściśle, ażeby wyeliminować ryzyko bezpodstawnego zamykania jednostkom drogi sądowej.

Podstawową przesłanką dopuszczalności drogi sądowej jest zakwalifikowanie zgłoszonego roszczenia do kategorii spraw cywilnych, do której należą sprawy w znaczeniu materialnoprawnym, a więc sprawy pomiędzy równorzędnymi podmiotami z zakresu stosunków prawnych wymienionych w art. 1 k.p.c., a także sprawy niebędące ze swojej istoty sprawami cywilnymi, przekazane do rozpoznania na drogę sądową na podstawie przepisów szczególnych (sprawy cywilne w znaczeniu formalnym).

Doktryna i orzecznictwo opowiadają się za szerokim ujmowaniem dopuszczalności drogi sądowej, przypisując zasadnicze znaczenie pojęciu roszczenia procesowego, a więc samemu twierdzeniu powoda o istnieniu stosunku prawnego z zakresu objętego pojęciem sprawy cywilnej w rozumieniu art. 1 i art. 2 § 1 i 3 k.p.c. (m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2003 r., III CZP 85/02, OSNC 2003, nr 10, poz. 129, postanowienie z dnia 22 sierpnia 2007 r., III CZP 76/07, Legalis). W konsekwencji wyraża się pogląd, że w zasadzie każde roszczenie procesowe, sformułowane jako żądanie zasądzenia, ustalenia lub ukształtowania stosunku prawnego, niezależnie od jego merytorycznej zasadności, jest objęte drogą sądową, jeżeli dotyczy podmiotów, których pozycja w ramach tego stosunku prawnego jest równorzędna (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r., I CSK 50/11, "Izba Cywilna" 2012, nr 10, s. 32, lub z dnia 21 marca 2013 r., III CZP 9/13, OSNC- ZD 2014, nr A, poz. 12).

Na roszczenie procesowe składa się treść żądania (np. o zapłatę określonej kwoty) oraz okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie (podstawa faktyczna żądania). Tak określone roszczenie procesowe formułuje powód w pozwie (art. 187 § 1 k.p.c.) i decyduje ono o rodzaju sprawy.

Przenosząc powyższe rozważania na realia sprawy Sąd wskazuje, że powód żąda, aby pozwany złożył oświadczenie wyrażające zgodę na rozprowadzanie programu pozwanego w ramach świadczonych przez powoda usług telewizyjnych – jako podstawę swojego żądania powołując art. 64 kc.

Wprawdzie przepis ten nie stanowi samoistnej podstawy obowiązku złożenia oznaczonego oświadczenia woli; stwarza jedynie możliwość przymusowej realizacji tego obowiązku wynikającego z innych źródeł i określa skutki prawne wynikające ze stwierdzenia jego istnienia. Zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli określonej treści może wynikać z ważnej czynności prawnej lub innego źródła zobowiązania, w tym przepisu ustawy, których zbadanie i ocena jest obowiązkiem sądu rozstrzygającego o tym żądaniu (m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 30 czerwca 2004 r., IV CSK 519/03, nie publ., z dnia 19 stycznia 2000 r., II CKN 683/98, nie publ. i z dnia 16 czerwca 2016 r., V CSK 654/15, nie publ.).

Taka też sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie. Powód wskazuje bowiem, że wywodzi roszczenie oparte na art. 64 k.c., z art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, żądając od pozwanego wyrażenia zgody na rozprowadzanie programu pozwanego. Nie ma zatem wątpliwości co do tego, że powód wywodzi zgłoszone roszczenie z przepisu Kodeksu cywilnego dotyczącego zastępczej realizacji obowiązku złożenia oświadczenia woli – upatrując źródła tego obowiązku w art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Ocena, czy powołany przepis jest źródłem obowiązku złożenia oświadczenia woli dokonana zostanie na etapie merytorycznego rozpoznania żądania pozwu.

#### Wyłączność drogi administracyjnej

Niedopuszczalności drogi sądowej pozwany upatruje w tym, że obowiązki, o których stanowią art. 43 oraz 43a mogą być, w ocenie pozwanego, egzekwowane w postępowaniu administracyjnym przed Przewodniczącym KRRiTV, a następnie – w postępowaniu sądownoadministracyjnym, tj. przed sądem administracyjnym. Jak wskazuje pozwany (pkt 15-19 odpowiedzi na pozew) *„Przewodniczący KRRiTV został wyposażony w uprawnienie do wydania, na wniosek operatora rozprowadzającego program, aktu stanowiącego wezwanie do udostępnienia programu temu operatorowi (...). Co także istotne, Przewodniczący KRRiTV jest uprawniony do egzekwowania tego obowiązku w razie jego niewykonania. Przewodniczący KRRiTV wydaje decyzję nakładającą na nadawcę kare pieniężną na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji”*.

Odnosząc się do tego argumentu należy wskazać, że wezwanie Przewodniczącego KRRiTV jest instrumentem, który przysługuje wyłącznie w sytuacji nieudostępnienia

programu operatorowi przez nadawcę – o czym stanowi brzmienie art. 43a ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Tymczasem, przedmiotem żądanie pozwu nie jest udostępnienie powodowi programu T., a udzielenie przez pozwanego zgody na rozprowadzanie tego programu – o czym stanowi art. 43 ust. 2 ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji.

Przepisy ustawy o radiofonii i telewizji (art. 43 i 43a) w istocie bowiem nakładają na nadawcę, w związku z konstrukcją *must offer/must carry* dwa obowiązki względem operatora.

Pierwszy z nich to obowiązek wyrażenia zgody (ujęty przez ustawodawcę od strony negatywnej jako zakaz odmówienia zgody lub jej uzależnienia od spełnienia świadczeń wzajemnych na rzecz nadawcy przez operatora), o którym stanowi art. 43 ust. 2.

Drugi obowiązek to obowiązek nieodpłatnego udostępniania tego programu na wnioski operatora, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku – o którym stanowi art. 43a ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji. Są to dwa różne obowiązki – o czym, w ocenie Sądu, przesądzają następujące okoliczności:

- uregulowanie tych obowiązków w dwóch odrębnych jednostkach redakcyjnych ustawy, co do których ustawodawca osobno wypowiedział się odnośnie np. ich nieodpłatności dla operatora;
- posłużenie się osobną terminologią – w odniesieniu do obowiązku wyrażenia zgody ustawodawca sięga do pojęcia „rozprowadzania” zdefiniowanego w art. 4 pkt 8 ustawy o radiofonii i telewizji jako „przejmowanie rozpowszechnionego programu w całości i bez zmian oraz równocześnie, wtórne jego rozpowszechnianie”. W odniesieniu do obowiązku udostępniania programu – ustawodawca nie odwołuje się do pojęcia zdefiniowanego w ustawie. W związku z powyższym, Sąd rozumie „udostępnienie programu” jako zapewnienie możliwości jego faktycznego odbioru przez urządzenia operatora (np. niestosowanie zabezpieczeń, czy technologii, które taką możliwość ograniczają lub wyłączają);
- potrzeba spełnienia obu przesłanek dla zapewnienia realizacji praw i obowiązków wynikających z instytucji *must carry/must offer*. Można wyobrazić sobie sytuację, w której nadawca wyrazi operatorowi zgodę na rozprowadzanie programu, a jednocześnie – stosował będzie środki techniczne, które spowodują, że program nie zostanie udostępniony operatorowi w rozumieniu art. 43a ustawy o radiofonii i telewizji. W takiej sytuacji zgoda została wyrażona, a program – nie został udostępniony. Na gruncie przywołanego hipotetycznego stanu wydaje się, że zgoda, o której stanowi art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji oraz udostępnienie programu, o którym stanowi art. 43a powołanej ustawy, stanowią dwa obowiązki nadawcy, których realizacja kumulatywna składa się na wypełnienie przez nadawcę obowiązków nałożonych ustawą;
- regulacja wezwania nadawcy przez Przewodniczącego KRRiTV wyłącznie w sytuacji niespełnienia przez nadawcę obowiązku udostępnienia programu przez nadawcę operatorowi. Art. 43a ust. 2 stanowi, że jeżeli nadawca nie wykonał obowiązku polegającego na nieodpłatnym udostępnieniu programu (ale już nie na wyrażeniu zgody), Przewodniczący KRRiTV wzywa nadawcę do udostępnienia programu temu operatorowi w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Z kolei art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji stanowi, że Przewodniczący KRRiTV wydaje decyzję nakładającą na nadawcę karę pieniężną w oznaczonej w ustawie wysokości – jeżeli nadawca narusza obowiązek wynikający z art. 43 ust. 2 (odmawia operatorowi wyrażenia bezwarunkowej zgody na rozprowadzanie programu) lub art. 43a ust. 1 ustawy

o radiofonii i telewizji (nie udostępnia programu). Zatem, o ile sankcja w postaci administracyjnej kary pieniężnej znajduje zastosowanie w przypadku naruszenia przez nadawcę każdego z dwóch obowiązków – to tryb wezwania za pośrednictwem Przewodniczącego KRRiTV znajduje zastosowanie w przypadku naruszenia obowiązku udostępnienia programu, a nie znajduje zastosowania w przypadku obowiązku wyrażenia zgody. Zawarte w odpowiedzi na pozew (m.in. pkt 18, 25, 42 uzasadnienia odpowiedzi na pozew) twierdzenia, jakoby Przewodniczący KRRiTV był władny w drodze wezwania nadawcy egzekwować obowiązek zgody nadawcy na rozprowadzanie programu przez operatora nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu;

- osobna podstawa do nałożenia kary pieniężnej w przypadku braku realizacji któregośkolwiek z dwóch obowiązków. Art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji wyraźnie wyróżnia dwa obowiązki nadawcy, mające swoją podstawę odpowiednio w art. 43 ust. 2 (udzielenie przez nadawcę zgody) oraz art. 43a ust. 1 (udostępnienie przez nadawcę programu operatorowi). Brak realizacji każdego z nich stanowi osobną podstawę do nałożenia kary administracyjnej przez organ na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji.

W konsekwencji, powołane przez pozwanego postępowania - administracyjne (przed Przewodniczącym KRRiTV) oraz sądowoadministracyjne (przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie) nie dotyczą tego samego obowiązku nadawcy, którego dochodzi powód. Dotyczą one bowiem wykonania przez nadawcę obowiązku udostępnienia programu, a nie – obowiązku wyrażenia zgody. Tym samym, nie mogą one stanowić argumentu na rzecz odrzucenia pozwu, z uwagi na to, że ustawodawca przewidział inną, niż sądowa, drogę dla zapewnienia wykonania obowiązku nadawcy wyrażenia wobec operatora zgody, o której stanowi art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji.

Sąd rozważał także sygnalizowane przez pozwanego kwestie:

- kompetencji Przewodniczącego KRRiTV do nałożenia grzywny na nadawcę zarówno w sytuacji braku wyrażenia zgody operatorowi na nieodpłatne rozprowadzanie programu (tj. naruszenia art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji), jak i w sytuacji nieudostępnienia operatorowi programu (tj. naruszenia art. 43a ust. 1) (pkt 22 uzasadnienia odpowiedzi na pozew);
- ryzyka braku spójności orzeczenia sądu powszechnego dotyczącego obowiązku zgody oraz orzeczenia sądu administracyjnego dotyczącego obowiązku udostępnienia programu, co – w ocenie pozwanego – rodzi ryzyko, że instytucja *must carry/must offer* nie znajdzie efektywnej ochrony (pkt 21 odpowiedzi na pozew);
- istnienia szczegółowej następcej procedury kontroli wykonania przez nadawcę obowiązków w ramach instytucji *must carry/must offer* – co przemawia, w ocenie pozwanego, na rzecz łącznego traktowania obowiązków udzielenia zgody i udostępnienia programu (pkt 28 odpowiedzi na pozew);
- wypowiedzi Naczelnego Sądu Administracyjnego co do obowiązku udzielenia zgody operatorowi przez nadawcę na podstawie art. 43 ust. 2 (orzecznictwo NSA powołane w przypisie 13 *in fine* odpowiedzi na pozew).

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych kwestii – w ocenie Sądu sam fakt, że wykonanie przez nadawcę obowiązku wyrażenia operatorowi zgody na rozprowadzanie programu zostało zabezpieczone sankcją w postaci kary finansowej, nakładanej przez organ administracyjny, nie oznacza *per se* wykluczenia sankcji cywilnoprawnych. Tytułem pewnej paraleli należy przywołać sankcję wykroczeniową, którą do 4.7.2019 r. przewidywał art. 138 Kodeksu wykroczeń dla umyślnej odmowy wykonania usługi. Jej obecność nie oznaczała, że

osoba, która zawarła umowę o świadczenie usług, nie może dochodzić wykonania usługi na drodze postępowania cywilnego. Podobnie, obecność sankcji administracyjnych przewidzianych przez przepisy np. ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (art. 93 powołanej ustawy), nie pozbawia strony cywilnoprawnych instrumentów ochrony jej praw np. w następstwie przekroczenia granicy nieruchomości sąsiadującej przy wznoszeniu budowli, czy roszczeń odszkodowawczych *ex contractu* związanych z nienależytym wykonaniem prac budowlanych. Sama tylko okoliczność, że realizacja oznaczonego obowiązku została zabezpieczona przez sankcje nakładane przez organ administracyjny, nie oznacza, że sama realizacja obowiązku nie może nastąpić w drodze powództwa przed sądem powszechnym (zwłaszcza, że sankcje pieniężne stanowią środek przymuszający, ale nie mogą zastąpić realizacji obowiązku przez stronę). W konsekwencji, należy przyjąć, iż o administracyjnym charakterze obowiązku z art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji nie przesądza obecność sankcji o charakterze publicznoprawnym. W zakresie art. 43 ust. 2 ww. ustawy sankcje te dotyczą wyłącznie możliwości nałożenia kary pieniężnej, co nie musi prowadzić do wyrażenia przez nadawcę zgody na rozprowadzanie programu, a zatem do realizacji przez nadawcę nałożonych ustawą obowiązków.

Odnosząc się do kwestii drugiej – skoro ustawa przewiduje dwa różne obowiązki, zatem możliwe i dopuszczalne jest, że rozstrzygnięcia różnych sądów o różnych obowiązkach będą różne. Jednak, ponieważ są to rozstrzygnięcia dotyczące różnych obowiązków – nie można mówić o ich wzajemnej sprzeczności lub braku możliwości ich jednoczesnego wykonania. Dotyczyć one bowiem będą różnych sfer powinności nadawcy. W przywołanej hipotetycznej sytuacji, w której nadawca wyraża zgodę operatorowi na rozprowadzanie programu, a jednocześnie nie udostępnia programu – rozstrzygnięcie sądu powszechnego oddalającego powództwo o zobowiązanie do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody nie będzie sprzeczne z orzeczeniem sądu administracyjnego wydanym w następstwie odwołania od wezwania wystosowanego przez Przewodniczącego KRRiTV. Drugi argument wobec twierdzenia pozwanego o potencjalnym braku możliwości realizacji orzeczenia sądu powszechnego i orzeczenia sądu administracyjnego wymaga analizy istoty orzeczeń obu sądów. O ile orzeczenie sądu powszechnego może, w przypadku uwzględnienia żądania pozwu, doprowadzić do realizacji obowiązku wyrażenia zgody, o tyle decyzje organów administracji i orzeczenia sądów administracyjnych mogą doprowadzić do nałożenia sankcji (kar pieniężnych), ale nie do zastępczej realizacji przez nadawcę obowiązku udostępnienia programu operatorowi. Także i z tej przyczyny trudno podzielić argument o potencjalnej, wzajemnej sprzeczności orzeczeń, co miałyby uniemożliwiać, czy utrudniać wykonanie każdego z nich. Wreszcie, wskazać należy, że kwestia potencjalnej sprzeczności wyroku sądu powszechnego oraz wyroku sądu administracyjnego, czy decyzji organu administracyjnego nie jest argumentem na rzecz odrzucenia pozwu. Znajduje ona rozwiązanie na gruncie art. 177 pkt 3 kpc, który umożliwia sądowi powszechnemu zawieszenie postępowania cywilnego, jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od uprzedniej decyzji organu administracji publicznej. To zadaniem wskazanego przepisu (a nie art. 199 kpc) jest eliminacja sytuacji, w której rozstrzygnięcie sprawy przez sąd powszechny oraz rozstrzygnięcie sprawy przez organ administracji byłyby wzajemnie sprzeczne.

Odnosząc się do trzeciej kwestii- szczególna procedura następnej kontroli wykonania obowiązku *must carry/must offer*, określona w art. 43 ust. 3 i 4 ustawy o radiofonii i telewizji, dotyczy obowiązków operatora, a nie nadawcy. W przypadku operatora należy jednak mieć na uwadze, że w związku z instytucją *must carry/must offer* – dotyczy go tylko jeden obowiązek, tj. obowiązek rozprowadzania programu. Przewidziany przez ustawę tryb szczególnej kontroli wykonania przez operatora wskazanego obowiązku nie ma, zdaniem Sądu, żadnego związku z łącznym (w ocenie pozwanego) lub rozłącznym (w ocenie Sądu) traktowaniem obowiązków nadawcy związanych z instytucją *must carry/must offer* (tj. obowiązków udzielenia zgody i udostępnienia programu).

Także przywołane przez pozwanego orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego nie wskazuje, aby Sąd ten wypowiada się o obowiązku nadawcy w zakresie udzielenia zgody

operatorowi, o którym stanowi art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji. W wyroku NSA z 27 listopada 2018 r. II GSK 3779/16 przepis art. 43 ust. 2 nie został przywołany jako podstawa rozstrzygnięcia, a sam NSA, uchylając wyrok WSA w Warszawie, wskazał na potrzebę interpretacji przepisów art. 43 i 43 a ustawy w kontekście pojęć: operator rozprowadzający program w sieci telekomunikacyjnej (art. 43 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji), rozprowadzanie programu (art. 4 pkt 8 ustawy), system teleinformatyczny (art. 4 pkt 29 ustawy), sieć telekomunikacyjna (art. 4 pkt 30 ustawy). Przedmiotem sporu był podmiotowy zakres uprawnienia *must carry/must offer* – sprowadzający się do zagadnienia, czy rozprowadzanie programów w ramach usługi świadczonej za pomocą platformy internetowej, stanowi rozprowadzanie programów telewizyjnych w sieciach telekomunikacyjnych. Podobny problem rozstrzygał WSA w Warszawie w wyroku z 25 października 2016 r. VI SA/Wa 294/16 – także i w tym postępowaniu art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji nie stanowił podstawy rozstrzygnięcia, ani nie był przedmiotem interpretacji Sądu.

#### Cywilnoprawny charakter sprawy

Pozwany, wnosząc o odrzucenie pozwu, wskazał, że sprawa nie ma charakteru sprawy cywilnej – ze względu na:

1. niespełnienie kryterium równorzędności stron;
2. brak stosunku cywilnoprawnego łączącego strony;
3. wywiedzenie przez powoda o obowiązku wyrażenia zgody przez pozwanego z przepisów prawa administracyjnego (pkt 37 – 41 uzasadnienia odpowiedzi na pozew).

Odnosząc się do pierwszej kwestii, wskazać należy, że w postępowaniu nie zachodzą żadne okoliczności, które wyłączałyby równorzędność stron. Obie strony: nadawca (pozwany) i operator (powód) są równorzędnymi podmiotami – brak jest bowiem jakiegokolwiek relacji zwierzchnictwa między nimi.

W ocenie Sądu nie sposób podzielić argumentu o braku między stronami stosunku cywilnoprawnego. Źródłem takiego stosunku mogą być przepisy ustawy – przy czym, w ocenie Sądu, mogą być one zawarte także w aktach prawnych zawierających przepisy prawa administracyjnego. Tytułem przykładu wskazać należy, że w systemie prawa istnieje szereg przepisów, które, także w świetle orzecznictwa i wypowiedzi doktryny, są źródłem praw i obowiązków pozostających w sferze prawa cywilnego – mimo ich umiejscowienia w aktach prawnych z zakresu prawa publicznego. Należą do nich np.:

1. art. 7 ustawy z 10.4.1997 r. – Prawo energetyczne, który nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem i dystrybucją paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła obowiązek zawarcia umów o przyłączenie, umów sprzedaży paliw lub energii lub umowy przesyłowej z odbiorcami albo podmiotami ubiegającymi się o przyjęcie do sieci, na zasadzie równoprawnego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki dostarczania, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru;
2. art. 3 ustawy z 15.11.1984 r. – Prawo przewozowe, który nakłada na przewoźnika obowiązek przewozu osób i rzeczy (a więc obowiązek zawarcia umowy przewozu) w zakresie podanym przez niego do wiadomości publicznej;



3. art. 86 ustawy z 16.7.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym przedsiębiorca wyznaczony decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty do świadczenia usługi powszechnej nie może odmówić użytkownikom końcowym zawarcia umowy o świadczenie usługi powszechnej, poszczególnych usług wchodzących w jej skład lub usługi przyłączenia do sieci w celu zapewnienia korzystania z usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu podmiotom wskazanym w art. 81 ust. 5 tej ustawy, jeżeli użytkownik końcowy spełni warunki wynikające z regulaminu świadczenia usługi powszechnej;
4. art. 48 ustawy z 12.6.2003 r. – Prawo pocztowe, zgodnie z którym operator publiczny nie może nikomu odmówić zawarcia umowy o świadczenie powszechnych usług pocztowych, z wyjątkiem sytuacji określonych w art. 22 przytoczonej ustawy.

Zasadniczo doktryna i orzecznictwo są zgodne, że przepisy te mają charakter cywilnoprawny i stanowią źródło praw i obowiązków cywilnoprawnych (tak: Komentarz do art. 64 KC red. Gniewek 2019, wyd. 9/Machnikowski, Legalis; Komentarz do art. 3 Prawa przewozowego, Szanciło 2008, wyd. 1, Legalis; Komentarz do art. 3 Prawa przewozowego, D. Ambrużak, wyd. II, Lex; por. także wyrok Sądu Najwyższego z 15.5.2003 r., I CKN 311/01, niepubl. „Przepis art. 7 ust. 1 Prawa energetycznego nakazuje zakładowi energetycznemu zawarcie umowy z potencjalnym odbiorcą, tym samym przyznaje temu odbiorcy roszczenie o zawarcie umowy, co nie może być rozumiane jako równoznaczne z pozbawieniem go swobody kontraktowej”). W konsekwencji, nie sposób stwierdzić, że z uwagi na fakt umiejscowienia przepisu w ustawie z zakresu prawa administracyjnego, wynikający z przepisu obowiązek nadawcy (i skorelowane z nim uprawnienie operatora) *a limine* pozbawione są charakteru cywilnoprawnego. Ograniczenie swobody kontraktowania na gruncie powołanych przepisów nie ma, w świetle powołanych wypowiedzi, znaczenia dla ich cywilnoprawnego charakteru.

Pozwany podniósł także, że o cywilnoprawnym charakterze zgody, o której stanowi art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji nie przesądza kwestia prawa autorskiego (pkt 39 uzasadnienia odpowiedzi na pozew). Nie podejmując się, na etapie decyzji o odmowie odrzucenia pozwu, oceny charakteru owej zgody z punktu widzenia przepisów prawa autorskiego (kwestii zakwalifikowania jej jako licencji – oraz ewentualnego jej zakresu), Sąd zwraca uwagę, że sam pozwany wskazuje, iż zgoda uprawnia operatora do korzystania z prawa pokrewnego do nadania programu przysługującego nadawcy na polu eksploatacji reemitowanie (art. 97 pkt 4 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, por. pkt 77 odpowiedzi na pozew). Zatem, w ocenie samego pozwanego zgoda eliminuje bezprawność ewentualnych działań operatora polegających na korzystaniu z prawa pokrewnego, którego podmiotem jest nadawca. Już zatem w świetle powyższych twierdzeń wydaje się, że zgoda może mieć wpływ na sytuację prawną stron w zakresie przysługujących im praw wyłącznych, poddanych regulacji szeroko rozumianego prawa cywilnego.

#### Wymóg skuteczności prawa europejskiego

Dodatkowo warto wskazać, że na rzecz dopuszczalności drogi sądowej przemawia także konieczność takiej wykładni przepisów prawa, które zapewnią skuteczność wykonywania przez stronę uprawnień wynikających z przepisów prawa europejskiego (zasada bezpośredniej skuteczności oraz efektywności prawa UE). Istotą art. 31 dyrektywy o usłudze powszechnej jest nałożenie obowiązków związanych z rozpowszechnieniem programów radiowych lub telewizyjnych. Zgodnie z motywem 43 powołanej dyrektywy „Państwa Członkowskie powinny być w stanie nakładać proporcjonalne obowiązki na przedsiębiorstwa podlegające ich jurysdykcji, w interesie uzasadnionym względami polityki publicznej, ale takie obowiązki powinny być nakładane tam, gdzie są one konieczne do osiągnięcia celów wynikających z interesu ogółu, wyraźnie określonych przez Państwa Członkowskie zgodnie

z prawem Wspólnoty, oraz powinny być proporcjonalne, przejrzyste i powinny podlegać okresowym ocenom”. Zatem, celem ustawodawcy europejskiego jest zagwarantowanie realizacji uprawnień wynikających z dyrektywy. Państwo członkowskie powinno zapewnić takie narzędzia realizacji obowiązku nałożonego w przepisach dyrektywy, które zapewnią skuteczność realizacji obowiązku – a nie ograniczą się do sankcji z tytułu ich niewykonania. W tym kontekście należy wskazać na pogląd A. Matlaka, zgodnie z którym „po przejściu całej procedury wynikającej z ustawy o radiofonii i telewizji, gdyby nadawca nadal nie złożył opisanego wcześniej oświadczenia woli, operator nie będzie mógł rozprowadzać programów telewizyjnych, o których mowa w art. 43 ustawy”, a zatem podstawowy cel instytucji *must carry* nie zostałyby osiągnięty” (A. Matlak, *Must carry z perspektywy prawa autorskiego* w: J. Ożegalska – Trybalska (red.), D. Kasprzycki (red.), *Księga pamiątkowa dedykowana Prof. Michałowi du Vallowi*).

Jak wskazał sam pozwany – właśnie konieczność zapewnienia skuteczności przepisów prawa UE stanowiła dla Sądu Najwyższego argument na rzecz odmowy odrzucenia pozwu w uchwale z 7.2.2014 r. III CZP 113/13 (OSNC 2014/11/114). Sąd Najwyższy przesądził, że kompetencja Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego do orzekania o odszkodowaniu, o którym mowa w art. 7 rozporządzenia (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r., ustanawiającego wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, nie wyłącza, ani nie ogranicza drogi sądowego dochodzenia tego roszczenia. Skoro w ocenie Sądu Najwyższego tożsamość roszczeń (o przyznanie i wypłatę odszkodowania) realizowanych przez stronę w postępowaniu administracyjnym (przed Prezesem Urzędu Lotnictwa Cywilnego) oraz sądowym (przed sądem powszechnym) nie stanowi przeszkody dla potwierdzenia dopuszczalności drogi sądowej – to tym bardziej niedopuszczalność drogi sądowej nie powinna mieć miejsca w sytuacji dochodzenia przed sądem powszechnym roszczenia (o złożenie oświadczenia woli o wyrażeniu zgody) odmiennego od tego, dla którego przewidziana została droga postępowania przed Przewodniczącym KRRITV, a następnie – przed sądem administracyjnym (o udostępnienie programu).

Wbrew stanowisku pozwanego, nie zachodzi również „czasowa niedopuszczalność drogi sądowej” w sprawie. Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej występuje wtedy, gdy przepis szczególny uzależnia wniesienie pozwu do sądu powszechnego od podjęcia określonych czynności lub wyczerpania pewnego postępowania o charakterze reklamacyjnym, mediacyjnym bądź administracyjnym. Natomiast w sprawie, w zakresie art. 43 ust. 2 ustawy, nie ma takiego przepisu, który w swej treści wyłączałby możliwość wystąpienia na drogę sądową w taki sposób, jak to uczynił powód.

Konkludując całość rozważań, Sąd wskazuje, że nie było podstaw w niniejszej sprawie do zamknięcia powodowi drogi sądowej do rozpoznania zgłoszonego roszczenia. Powód wywodzi roszczenie z art. 64 k.c. w oparciu o art. 43 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Fakt, że przepis ten znajduje się w akcie prawnym należącym do szeroko rozumianego prawa administracyjnego, nie może przesądzać, sam z siebie, o publicznoprawnym charakterze zgody, o której mowa w tym przepisie. Należało przy tym uznać, że obie strony nadawca (pозwany), jak i operator (powód) są równorzędnymi podmiotami.

Sąd nie podzielił również stanowiska pozwanego na temat łącznego i nierozzerwalnego rozstrzygania na temat obowiązków z art. 43 ust. 2 i art. 43a ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, a w konsekwencji – wyłączenia możliwości orzekania o pierwszym z wymienionych obowiązków przez sąd powszechny. Jednoczesne prowadzenie postępowań administracyjnych lub sądownoadministracyjnych jest dla niniejszej sprawy bez znaczenia. Dotyczą one obowiązków z art. 43a ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji.

Mając na uwadze powyższe argumenty, Sąd odmówił odrzucenia pozwu.

sędzia SR (del.) Agnieszka Gołaszewska